

Les Cahiers de droit



Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité

Gilles Gagné

Volume 33, numéro 3, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043161ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043161ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gagné, G. (1992). Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité. *Les Cahiers de droit*, 33(3), 701–733.
<https://doi.org/10.7202/043161ar>

Résumé de l'article

Les sociétés modernes ont été des sociétés révolutionnaires ; tournées vers la rationalisation de domaines autonomes de la pratique sociale, elles élevaient le problème de l'unité de l'action sociale au niveau d'un droit formel, universaliste et abstrait, compris lui-même comme déduction d'un idéal de justice caractérisée par la liberté individuelle. L'indétermination de cette idée de justice, c'est-à-dire l'impossibilité de déduire un contenu concret d'un principe, a entraîné une crise du pouvoir défaire le droit et la mise en place de procédures inductives et pragmatiques de reconnaissance des droits invoqués au gré des conflits sociaux par les différentes catégories d'acteurs.

Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité*

Gilles GAGNÉ**

Les sociétés modernes ont été des sociétés révolutionnaires ; tournées vers la rationalisation de domaines autonomes de la pratique sociale, elles élevaient le problème de l'unité de l'action sociale au niveau d'un droit formel, universaliste et abstrait, compris lui-même comme déduction d'un idéal de justice caractérisée par la liberté individuelle. L'indétermination de cette idée de justice, c'est-à-dire l'impossibilité de déduire un contenu concret d'un principe, a entraîné une crise du pouvoir de faire le droit et la mise en place de procédures inductives et pragmatiques de reconnaissance des droits invoqués au gré des conflits sociaux par les différentes catégories d'acteurs.

Modern societies have been revolutionary societies. Oriented towards the rationalization of autonomous fields of social practice, they have raised the problem of the unity of social action to the level of a formal, universalizing and abstract law, and have understood law as the deduction of an ideal of justice characterized by individual freedom. The indeterminate nature of this idea of justice, namely the impossibility of deducing some concrete content from a principle, has generated a crisis of the power to make law and brought about inductive and pragmatic procedures for recognizing the rights claimed in social conflicts by various categories of actors.

* L'auteur est membre, depuis quatre ans, du Groupe interuniversitaire d'étude de la postmodernité et coéditeur de la revue *Société* ; le présent texte appartenant étroitement à cette recherche collective (à son programme à tout le moins), il ne peut pointer ses sources et son inspiration, ici ou là, qu'en ne montrant jamais la pointe de l'iceberg ; en particulier lorsqu'il est question des travaux de Michel Freitag.

** Professeur, Département de sociologie, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. Postmodernité	703
1.1 Discours postmoderniste et démesure du discours.....	703
1.2 La rupture avec le modernisme dans le domaine de l'art.....	704
1.3 Les confrontations idéologiques dans les sciences sociales.....	705
1.4 La thèse de l'épuisement de la dynamique moderne.....	706
1.5 Théorie de la modernité.....	708
1.6 Des crises locales à la crise de la modernité.....	711
1.7 La dé-différenciation des sphères de la pratique sociale dans la société contemporaine.....	714
2. Transition sociétale et rupture révolutionnaire	717
2.1 Premier niveau. Le flux du changement social dans la continuité des rapports.....	717
2.2 Second niveau. Le pouvoir d'agir sur la norme d'un rapport : l'objectivation de la normativité.....	719
2.3 La légitimation de la production législative des normes.....	721
2.4 Transition à la postmodernité : limites d'une synthèse normative purement rationnelle-légale et diffusion dans le social du problème de la légitimité ..	723
2.5 Du pouvoir au contrôle, de l'institution à la décision et de l'État au système.....	726
3. La justice entre le droit et les droits	727
3.1 De l'égalité formelle des libertés à l'équivalence des travaux dans l'échange : traduire, c'est trahir.....	728
3.2 Refaire un monde commun autour des partenaires du marché : les droits sociaux.....	729
3.3 La pensée juridique entre la raideur moderniste et la dissolution postmoderniste.....	732

Aux yeux d'un juriste, fût-il bien disposé à l'endroit de la philosophie, de la sociologie ou de l'histoire, la question des transformations contemporaines du droit peut sembler suffisamment complexe en elle-même sans qu'il soit nécessaire de la déplacer sur le terrain incertain des débats autour de la postmodernité. Dans l'autre sens, cependant, à cause du caractère central d'un idéal du règne de la loi dans le procès politique des sociétés modernes, toute réflexion, de quelque horizon disciplinaire qu'elle provienne, qui entend prendre à sa charge l'intuition commune d'un épuisement des idéaux sociopolitiques qui ont marqué la modernité, *doit*, pour avoir prise sur l'incontournable dimension normative de cette intuition, s'intéresser aux transformations contemporaines du droit et aux mutations concomitantes de l'idée de justice. Ce qui suit est simplement l'illustration de cette obligation, illustration doublée d'un plaidoyer en faveur de la reconnaissance de l'obligation inverse par ceux qui s'intéressent au droit. Je procéderai à cette illustration en abordant successivement les trois

notions qui forment l'intitulé du présent texte, mais dans l'ordre inverse : notion de postmodernité, distinction entre changement social et transition sociétale et portée des transformations contemporaines du droit.

1. Postmodernité

1.1 Discours postmoderniste et démesure du discours

D'abord une mise en garde : il ne s'agit pas, quand nous employons la notion de postmodernité, de faire valoir en bloc toutes les proclamations de fin du monde qui mobilisent des inquiétudes, ni de leur opposer la paix intérieure qui règne sur le « nouvel âge » ; il s'agit de saisir les sociétés contemporaines en leurs mouvements les plus significatifs, c'est-à-dire de maintenir à un certain niveau conceptuel la question classique du « changement social » (voir plus bas) en tentant de saisir ensemble ces mouvements. Qu'une telle visée théorique doive aujourd'hui naviguer entre des prophéties nihilistes, tendanciellement autoréalisatrices, et la confiance abstraite accordée à « l'humanité », cela fait partie du problème et signale une difficulté objective ; l'érosion des projets modernes de progrès social nous laisse devant le changement social comme devant une chose qui nous serait purement extérieure et l'environnement humain global de toute action collective particulière lui fait désormais office de « nature ». Quand nous étudions cet environnement, par exemple, nous ressemblons le plus souvent à quelqu'un qui aurait si bien intériorisé sa psychanalyse qu'il ne s'intéresserait plus qu'après coup à ce que « veulent » dire ses propres paroles. C'est pour cette raison que nos doctrines sont en train d'apprendre à courir après nos faits accomplis et qu'elles repoussent, ce faisant, la théorie sur un porte-à-faux ; à défaut d'être reconnaissables à l'aune de normes qui les précèdent et les visent, les faits sociaux s'évaporent et il ne reste plus alors à la meute des discours théoriques qu'à aboyer à la lune en toute liberté. En attendant, il n'est pas étonnant que le danger de la rhétorique se présente simultanément des deux côtés : du côté du désir d'en finir une fois pour toutes avec la confusion et de s'attribuer le rôle « du penseur géant, du Zarathoustra jetant, le sourire aux lèvres, son défi au cataclysme¹ » aussi bien que du côté de l'attitude consistant à s'élever majestueusement au-dessus des détails de l'histoire pour redécouvrir sur le mode vaguement mystique l'essence éternelle de l'âme humaine. Coincée entre la *Götterdämmerung* et le « matin des magiciens », la question de la postmodernité est une question périlleuse et même la décision de rester sur

1. T. PAVEL, *Le mirage linguistique. Essai sur la modernisation intellectuelle*, Paris, Éditions de Minuit, 1988, p. 23.

le terrain positif de la science n'offre guère de garantie contre le risque de frôler des mégalomanies. Sans égard à tous les « post » dont nous pouvons raisonnablement débattre, il y a une certaine modernité dont nous ne pouvons prendre congé, une modernité qui est faite de tous nos moyens, mais dont les résultats menacent maintenant d'excéder la mesure de nos moyens ; pas plus qu'il n'y aura d'humanité postécriture ou postagriculture, il n'y aura dans l'avenir de postmondialisation de la société humaine, de technique postatomique ou de société postcommunication de masse. Bref, l'échelle des faits accomplis et les transformations irréversibles de la « condition humaine » que nous accumulons en désordre tendent à condamner à la démesure toute volonté de penser qui serait à la hauteur des problèmes. La question est de savoir de quel côté d'une telle condamnation se trouverait le plus grand méfait.

1.2 La rupture avec le modernisme dans le domaine de l'art

Ensuite, une distinction : les premiers échos publics (et publicitaires) de la thématique postmoderne ont eu pour objet des polémiques portant sur les orientations de l'art contemporain et mettant aux prises des écoles définies par leurs oppositions doctrinales quant au statut de l'artiste, à la mission de l'art et à la nature du jugement esthétique. Bien que les « chicanes d'école » autour des canons de la beauté soient le pain quotidien des artistes depuis déjà assez longtemps, les oppositions internes à chaque discipline artistique ont été restructurées, dans les années 1970 et à la faveur de l'explicitation d'un idéal « postmoderniste », par une opposition plus générale, à caractère sociohistorique. La rupture avec le modernisme et avec tous les radicalismes unilatéraux du *xx^e* siècle devint alors le programme commun d'un pluralisme esthétique aussi bien disposé à l'endroit de « l'utilisation de la tradition » qu'envers l'exploration formelle de la virtuosité technique, un pluralisme libre de toute mobilisation idéologique orientée contre le divertissement, la représentation, l'émotion, la commercialisation ou la décoration, l'idéal étant ici de tout accueillir dans une « œuvre ouverte » à tous les niveaux de lecture. En architecture, la fixation de canons postmodernistes est déjà de l'histoire ancienne et leur mise en œuvre massive tient de la routine : les citations ornementales, les clins d'œil à la double lecture et l'éclectisme explicite se combinent dans les manies d'un style ; au centre commercial comme au musée, chacun reconnaît les fausses-façades-décoratives-visiblement-fausse ouvrant sur des halls majestueux où le soleil contrôlé par l'ordinateur de la verrière joue dans la végétation synthétique. Le fait que cette doctrine vise en toute chose le rigorisme moderniste du *xx^e* siècle et sa recherche (dans le dénuement, dans la fonctionnalité, dans le formalisme, dans l'abstraction ou dans l'expressivité pure) d'une « authenticité » supérieure ne doit pas

embrouiller le problème qui nous occupe ; le modernisme n'étant pas la modernité mais son expression tardive et son exaltation critique, l'opposition du postmodernisme au modernisme et la volonté d'en finir avec la conception héroïque de l'artiste ne sont encore qu'une manifestation particulière de la transition contemporaine².

1.3 Les confrontations idéologiques dans les sciences sociales

Il est vrai, cependant, que l'opposition doctrinale modernisme/postmodernisme n'est pas sans trouver de résonnances dans les sciences sociales et dans la philosophie. On peut en prendre pour exemple les nombreuses « redécouvertes » contemporaines de l'État national, de la démocratie, du droit, du libéralisme ou du capitalisme, redécouvertes qui considèrent la situation actuelle comme une crise de croissance du projet moderne. D'une manière plus explicitement moderniste, on invitera à reconstruire ces valeurs dans le cadre d'une généralisation du préjugé en faveur de la raison, quitte à reconstruire cette dernière sur la base de la « communication ». À la limite, les modernistes saisissent comme achèvement de la modernité les symptômes mêmes dont se réclament les postmodernistes pour prendre congé du passé : érosion des référents transcendants de la légitimité de l'État, évanouissement du sujet fort ou fin des utopies politiques de la bonne société. Et pendant que les modernistes professent la plus extrême méfiance à l'endroit des discours de la rupture et qu'ils considèrent les appels à ouvrir les yeux sur les promesses du monde postmoderne comme une manière délirante de se débarrasser des problèmes du monde réel, les postmodernistes accusent de leur côté les dangers du *wishfull thinking* qui tient en toute chose le passé garant de l'avenir et ils renversent la charge normative de ce continuisme : si les catastrophes du xx^e siècle appartiennent à l'expansion et à l'achèvement de la modernité, alors il faut en finir avec la modernité.

Mené sur le fond d'un large accord sur les symptômes, ces débats sur le diagnostic (à moitié plein ou à moitié vide ?) témoignent en premier lieu du grand degré de liberté dont jouissent les « orientations normatives » dans l'indétermination d'une situation critique. De la même manière que les artistes postmodernistes projettent leur conception de ce que l'art doit être dans leur critique de ce qu'il est devenu alors même qu'ils fondent leur conception de ce qu'il doit être sur la critique de ce qu'il est devenu, les sciences sociales sont aujourd'hui aux prises, mais comme dans un cercle

2. J.-F. CÔTÉ, « L'histoire de la postmodernité : modernité esthétique, postmodernisme et communication », *Cahiers de recherche du Groupe interuniversitaire d'étude de la postmodernité*, n° 3, 1991, p. 1-54.

vicieux, avec l'engagement normatif qu'implique leur effort de comprendre la société. On ne peut rompre ce cercle qu'à se rappeler que *toute* action humaine implique un engagement normatif et que la difficulté n'est pas tant de sortir de l'idéologie que de saisir adéquatement les conditions sociales objectives d'un tel engagement. Et cette difficulté-là, c'est toujours une difficulté radicale pour qui veut penser globalement. De ce point de vue, maintenir dans une théorie moderniste un idéal de liberté déjà dépassé par la pratique n'est pas plus raisonnable que le « projet » postmoderniste de réconcilier l'action individuelle avec la perte de sens du « projet » humain ; on ne peut pas davantage retenir et prolonger tel quel un élément de la modernité qui est devenu incompatible avec le monde qu'il a engendré que l'on ne peut se contredire soi-même jusque dans ses motifs de penser.

1.4 La thèse de l'épuisement de la dynamique moderne

C'est d'une manière beaucoup plus prosaïque que s'est constituée depuis une cinquantaine d'années la problématique « sociologique » de transition à la postmodernité. Les confrontations portant sur les mutations des sociétés développées ont mis en lumière les redondances structurelles et normatives reliant tous les changements particuliers qui s'imposaient à l'expérience, et c'est l'effort de conceptualiser l'unité tendancielle de ces changements qui a attiré progressivement la théorie jusqu'au problème, fondamental, des nouvelles modalités d'intégration sociétale et d'orientation de l'action. C'est donc par une sorte d'approfondissement progressif de la vision générale formée dans ces confrontations que la réflexion théorique a accompagné le développement systématique des *crises* des sociétés avancées, que des questions d'abord disjointes ont été éclairées les unes par les autres et que leurs conséquences ont été interprétées conjointement comme dissolution d'un type de société et comme transition sociétale. Les liquidations sur tous les fronts de la première moitié du siècle ayant débouché sur l'absurde mobilisation des blocs contre la mobilisation adverse, c'est sur un fond de crise existentielle profonde que l'on s'est demandé dans quel sens au juste avançaient les sociétés avancées³. Quant aux modernisations de la périphérie, elles ne faisaient que rendre les temps modernes plus étrangers à eux-mêmes : on équipait les anciennes capitales coloniales d'une élite technocratique et d'une diplomatie avant qu'elles ne se soient donné une fonction publique, d'une fonction publique avant qu'elles ne disposent de richesses taxables et d'une économie de marché avant qu'elles n'aient entrepris la réforme agraire ; au total, ces États

3. L'idée directrice de cette orientation des sciences sociales depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale fut parfaitement formulée, *ab initio*, par K. POLANYI, *La grande transformation*, Paris, Gallimard, 1983.

nationaux et leurs citoyens n'existaient que sur le papier d'une constitution imprimée à l'ONU et le monde ainsi créé, bien réel évidemment, n'était moderne que dans l'imagination des modernisateurs⁴.

Déjà, il vaut la peine de le signaler ici, le premier emploi de l'épithète « postmoderne » dans un sens historique et sociologique visait précisément une telle mutation globale du monde, tout en la situant cependant sur le fond d'une continuité évolutive plus large de la « société » occidentale (comprise comme une civilisation). À partir d'une périodisation carrée de l'histoire de la société occidentale (période antique, 475-975 ; période médiévale, 975-1475 ; période moderne, 1475-1875), Arnold Toynbee, théoricien spiritualiste de la vie et la mort des civilisations, situait dans le dernier tiers du XIX^e siècle la transition à la période critique, post-moderne, de l'Occident et il voyait, aussi bien dans les mobilisations nationalistes expansives que dans l'internationalisation du capital et de la technique, un dépassement dangereux (tourné vers « le prolétariat extérieur ») de l'équilibre relatif des États nationaux ayant caractérisé la période moderne de l'Occident.

Il est de bon ton, aujourd'hui, de se débarrasser des inquiétudes de ce genre de réflexion historique et de célébrer, le plus bruyamment possible, la continuité et le triomphe de l'« idée occidentale » : mais il est permis de se demander si parmi les nombreuses tendances qui composent la situation actuelle, il s'en trouve plusieurs qui soient compatibles aussi bien avec l'idéal universaliste que cette civilisation a d'abord posé dans l'abstraction de l'âme individuelle qu'avec la situation concrète du monde qu'elle a unifié en toute bonne conscience (avant de devenir relativiste sur le tard et d'être tentée, comme c'est le cas maintenant, de « déconstruire » soigneusement son propre « discours » pour faire cavalier seul). Le problème qu'il faut saisir, contre toute vision continuiste (trionphante ou cynique, militante ou désespérée), y compris celle de Toynbee, c'est que le « monde moderne » n'est pas seulement une période historique ou une phase du développement occidental ; les 21 civilisations auxquelles Toynbee comparait la civilisation occidentale étaient toutes essentiellement composées de sociétés *traditionnelles* alors que la période moderne de la société occidentale, elle, a précisément son unité (et son unicité) dans la « reproduction élargie » d'un long procès révolutionnaire orienté contre la tradition (et, virtuellement, contre toutes les traditions), procès révolutionnaire mené sous l'égide d'un projet de reconstruction rationnelle de la

4. Pour une discussion du résultat de la division du monde en blocs, voir Y. BONNY (dir.), « Débats sur la révolution », *Société*, vol. 10, été 1992, pp. 190-195, voir aussi D. DE FACENDIS, « La guerre du golfe », *Cahiers de recherche du Groupe interuniversitaire d'étude de la postmodernité*, n° 1, 1991, pp. 13-20.

société et marqué par une exigence universaliste fondamentale (et fondamentalement indéfinie). À la *période* moderne, bref, il faut opposer le *type*, inédit, de la société moderne et comprendre indépendamment de la chronologie la notion de modernité. Alors seulement peut-on pleinement apprécier le fait que la « modernisation » ne concernait pas uniquement l'Occident et que l'oubli contemporain de cette rupture ne suffira pas à faire du triomphe de l'idée occidentale la tranquille généralisation d'une civilisation particulière.

1.5 Théorie de la modernité

Dès la fin du *xix^e* siècle, la sociologie s'est caractérisée précisément par une telle approche théorique de la rupture moderne et de la société moderne. Rompant sur ce point avec les Lumières et les philosophies de l'histoire qui voyaient dans les temps modernes la simple maturité évolutive de l'Homme, la sociologie attirait l'attention sur la discontinuité des types sociétaux, sur la spécificité des sociétés modernes et sur le caractère « relatif » de leur progrès. Dans l'autre sens, cependant, cette sociologie, elle-même progressiste, tenait la « société rationnelle » pour l'inévitable programme de l'Occident et le destin du monde ; toute sa critique des idéologies en témoigne. Les constructions typologiques d'alors furent autant d'efforts pour montrer que les conflits sociaux qui travaillaient l'époque en profondeur restaient dans la ligne du type idéal de la société moderne, quitte à devoir assombrir le trait de cet idéal ou même à devoir tolérer un ajournement *sine die* de sa réalisation. On ne théorisait donc la rupture moderne que pour la montrer irréversible et *indépassable*, attitude théorique qui se résolvait dans la définition d'un type de société « fondé sur le changement ». La sociologie ne faisait ainsi qu'accueillir en bloc dans ses définitions tous les changements, réels, possibles ou imaginables, et cela en une irréfutable confirmation anticipée de la définition.

Sur le plan phénoménologique, la chose est entendue : les sociétés modernes sont « tournées positivement, normativement, politiquement, institutionnellement, idéologiquement, pratiquement vers le changement⁵ » et elles peuvent en conséquence changer beaucoup sans changer

5. M. FREITAG, *La transition à la postmodernité*, document ronéotypé, 1990, p. 1. Je cite le passage au long pour y faire référence plus loin : « Par contraste avec les sociétés traditionnelles, qui ne changeaient que malgré elles ou à reculons, les sociétés modernes sont des sociétés-de-changement, tournées positivement, normativement, politiquement, institutionnellement, pratiquement vers le changement. Et les multiples procès de changement dans lesquels elles (et leurs membres, légitimement) s'engagent volontairement, réflexivement, sont éclairés par un système intégré de quelques principes qui leur sert en même temps de soleil et d'étoile polaire : « la souveraineté de la raison », la

vraiment. Mais on ne peut pas les saisir exclusivement par le côté de ce déséquilibre dynamique qui, constamment, déplace en elles le poids de leurs contradictions ; on réussirait ainsi, comme certains réussissent à le faire encore aujourd'hui mais d'une manière de plus en plus formelle, à prolonger par avance la marche des temps modernes jusqu'à la fin des temps. La notion de changement, bref, ne suffit pas : réduire la théorie des sociétés modernes à cette ouverture au nouveau, c'est la réduire à rien, dût-on faire de la *capacité de surmonter institutionnellement des contradictions* une espèce particulière de « société de changement ». Une fois installé dans ce truisme, on pourrait remonter jusqu'au néolithique et abolir rétrospectivement toute idée de type sociétal.

Sur le plan phénoménologique toujours, on peut montrer assez simplement ce qui s'oppose à ce genre de prolongement abstrait de la sociologie moderne : d'abord, et on peut employer ici les catégories du droit pour abrégé le propos, les rationalisations « formelles » de l'action qui fondent la critique moderne de la tradition n'ont de sens que rapportées au projet de rationalisation « matérielle » de la vie sociale ; ouvertes au changement, les sociétés modernes le sont assurément *mais dans les limites des raisons de cette ouverture*, dans les limites de leur capacité objective de reformuler ces raisons pour qu'elles fassent continûment office de raison commune. C'est là leur limite endogène, leur défaut « constitutif ». Une fois que la reproduction élargie de leur procès révolutionnaire ne peut plus se maintenir qu'à l'encontre de toute capacité d'en produire une justification communalisable, leur marche en avant ne suffit plus à assurer l'ajournement de cette exigence constitutive et la portée du changement social change de niveau quand la promesse qui lui donnait un sens tombe elle-même en crise.

Ensuite, c'est le type même des raisons de leur ouverture au nouveau qui assigne aux sociétés modernes leurs limites de tolérance au changement et qui interdit une reproduction indéfinie de cette ouverture. La définition de la bonne société au moyen de la simple raison, fût-elle programmatique et utopique, tire d'abord sa force de son opposition à une tradition forte, à une tradition dont les contenus contingents orientent alors, *a contrario*, la recherche de normes sociales « nécessaires » qui

valeur ontologique suprême ou dernière de l'individu, qui porte en soi les valeurs transcendantales de la « liberté », de « l'égalité », de la « connaissance objective », de la « satisfaction des besoins », bref, un appel (une « vocation ») à l'émancipation et à la jouissance, dans le contexte d'une évidence de la possibilité illimitée du « progrès » collectif de la société, de l'accroissement du savoir, du développement des techniques, de la multiplication économique des ressources, du raffinement de la sensibilité et de la socialité. »

seraient déduites de la nature même de l'être humain. Historiquement, cette opposition et cette fondation négative d'un idéal de rationalité matérielle ont eu d'autant plus de poids qu'elles provenaient de catégories sociales (et de pratiques sociales) effectivement émancipées de la tradition mais qui ne pouvaient être juridiquement exclues de la société traditionnelle qu'au détriment des pouvoirs traditionnels (mouvement des communes et bourgeoisie); ces pratiques se présentaient en conséquence comme la réalité en acte de ce projet simplement humain et leur développement cumulatif témoignait déjà de leur « nécessité » présumée.

C'est donc sous la forme d'une lutte pour la reconnaissance de sphères autonomes de l'activité sociale que va se déployer d'abord la « révolution » moderne (la propriété, le commerce, le travail, la science, la foi, la morale, l'art, l'amour, la famille, etc.) et que va être affirmée en premier lieu la possibilité de normes immanentes à l'action individuelle justifiant en retour une critique globale des forces de la tradition. Il est clair qu'un tel procès de différenciation et de rationalisation sectorielle de l'action implique l'épuisement graduel des « réserves de sens » de la tradition contre laquelle sont formulés négativement ses propres idéaux, et cela alors même qu'il en dépend quant à l'unité concrète de la société et quant aux raisons « d'être ensemble » qui continuent de définir la communauté politique. Le procès révolutionnaire moderne a donc commencé par manger de l'intérieur, par différenciation, la société traditionnelle, et cela jusqu'à ce qu'il n'en reste plus qu'une insoutenable coquille politique (l'absolutisme des États, le despotisme éclairé des princes d'empire) où se trouvait concentrée, comme sur un point unique, la charge de l'unité de la société. Mais lorsque les discours et les pratiques de la libération doivent se retourner en fondation positive de la liberté et en reconstruction de la totalité, les idéaux rationalistes, universalistes et abstraits tombent eux-mêmes en déficit de contenu : l'unité des différentes sociétés, même modernes, reste la cristallisation d'une genèse historique contingente, l'identité individuelle reste fondée sur l'appartenance à une communauté politique particulière, l'« idéal du moi » du sujet concret n'est toujours pas la simple manifestation de l'autonomie du sujet de la raison, la justice d'équivalence du marché libre n'est pas encore la matérialisation de l'égalité formelle des personnes, et ainsi de suite, autant de « contradictions » où la dynamique moderne va s'épuiser contre tous les relents de tradition sans progresser pour autant vers l'élucidation de son propre contenu normatif. Saisi sur le versant de sa réalisation positive, le projet moderne n'est pas tant « inachevé » qu'inachevable ; il dévore constamment les formes qu'il engendre, incapable de rien engendrer qui le réaliserait. Et quand toutes les choses et toutes les pratiques qui ont été libérées de la tradition en vue de la reconstruction rationnelle ne peuvent plus être maintenues dans le carcan de cette utopie,

la marche en avant perd son sens dans une crise générale d'« inachèvement ». C'est de cette manière, par exemple, que s'est épuisée sous nos yeux la « construction du socialisme », l'extase de toutes les modernisations antérieures.

La modernité, c'est malheureusement facile de le dire maintenant, était destinée à faire l'expérience de l'impossibilité de dépasser d'un geste négatif toutes les manières particulières d'arriver à être humain pour être purement et simplement l'humanité. Or, c'est cette expérience qui est maintenant en jeu et c'est son sens qui pourrait maintenant nous échapper : il suffirait pour cela d'oublier le chemin derrière nous, d'oublier à quel idéal il a correspondu, de faire comme si rien n'avait été réfuté et que tout pouvait se prolonger en un tranquille et pragmatique *more of the same*.

1.6 Des crises locales à la crise de la modernité

Après quelques siècles de progrès et de confiance résolue accordée aux solutions qui allaient venir de la progression vers le projet humain, il a fallu un siècle marqué par de grandes guerres, de grandes crises, de grandes révolutions, de grandes exterminations, de grands « brassages » de populations, de grandes puissances, de grands clivages, de grands équilibres de la terreur et de grande confusion pour que la crise de la tradition se retourne en crise de la modernité et que la résistance obtuse des valeurs « arbitraires » de la tradition se retourne en inconsistance aiguë des valeurs universelles de la modernité. En 30 glorieuses années d'un effort de transformer le « progrès social » en pure croissance économique et d'exporter d'un seul coup la modernisation (transformée en développement) aux quatre coins de la terre, le siècle américain épuisa alors toutes ses ressources d'innocence et l'on revint sur terre pour découvrir que tous les conflits sociaux sur tous les fronts étaient devenus des crises : aux crises déjà classiques du capitalisme, du libéralisme, du parlementarisme, de la démocratie, du constitutionnalisme, de l'impérialisme ou du nationalisme, on ajouta, côté « détails », la crise des finances publiques, la crise des ressources naturelles, la crise de l'université, la crise du système judiciaire, la crise du syndicalisme, la crise de l'endettement international, la crise de la famille, la crise de stagflation, la crise des revendications, la crise de l'entreprise, la crise de l'État, la crise de la représentation politique, la crise de la dénatalité, la crise du développement et la crise de l'emploi pendant que se dessinaient, plus globales, les crises de l'identité, de la culture, des idéologies, des motivations, des légitimités, des savoirs, des institutions et, finalement, de l'« environnement ».

Accuser ici une inflation purement verbale aurait à peu près autant de sens que de soutenir que l'inflation économique est un phénomène pure-

ment monétaire (comme si le système monétaire n'était pas justement le régulateur du système économique). La réalité est plus simple : en perdant le fil du progrès moderne, on perdait de vue du même coup l'idée particulière mise en jeu par chacun des nombreux conflits sociaux empiriques constituant en leurs articulations le procès de modernisation, la notion de crise ne faisant que refléter le flottement dans l'indétermination qui touche alors chacune des pratiques sociales dans sa propre signification. Cette situation, il faut le mentionner en passant, a été une bénédiction pour la branche positiviste de la sociologie moderne, la seule à pouvoir tomber dans l'insignifiance sans devoir abandonner sa conception du savoir : toute pratique devant dorénavant être saisie dans ses résultats factuels plutôt qu'à partir de son intentionnalité et de sa signification (irréremédiablement confuses), on s'accordera une rallonge de faits empiriques très intéressants à étudier en se plaçant sous l'autorité de l'économie positiviste. En passant de la compréhension de l'action sociale à la modélisation de la dynamique des *behaviors*, on se consolera de devenir postmoderne sans s'en rendre compte et on réussira à passer de l'autre côté des crises (d'où l'on pourra tout à son aise affirmer qu'il ne s'est rien passé).

Mais, en un sens, ces approches pragmatiques et systémiques des comportements « observés » (indépendamment de leur normativité immanente) correspondent à de nouvelles modalités de régulation sociale et appartiennent au *modus operandi* de la transition à la postmodernité : si les sociétés développées continuent de fonctionner par-dessus tant de crises et par-dessus l'épuisement général des idéaux modernes, c'est qu'elles le font déjà, en partie, sur d'autres bases que sur celles, projectives et révolutionnaires, des mobilisations de la modernité. Depuis une cinquantaine d'années, l'effort de mettre en évidence ces nouvelles formes d'intégration sociétale a pris la couleur de la conjoncture et il a en général consisté à attirer l'attention sur la portée globale de phénomènes particuliers pour en faire le principe de la nouvelle société : société d'abondance, de croissance, de consommation de masse, de classes moyennes, de services mais aussi société technicienne, technologique, technocratique, technétronique, managériale, directoriale, organisationnelle, programmée, cybernétique, ou encore société d'extrodétermination, d'information, de communication, pluraliste, de participation, de modes, du spectacle, de masses, etc., et ainsi de suite jusqu'à ce degré zéro qui dit tout et rien : « société d'individus ».

Tous ces essais de typologie, orientés au moins implicitement vers la saisie conceptuelle du principe distinctif des sociétés postmodernes, cherchaient à déceler le « sous-système » réglant l'unité de l'ensemble, le phénomène central structurant le reste ou l'idée régulatrice des transformations en cours. Ce faisant, on se plaçait d'un seul coup en avance sur la

réalité (ce qui est légitime), mais on se condamnait le plus souvent à l'attendre à travers un concept qui reproduisait dans sa forme celui des sociétés modernes : forte « centralité » du politique, intégration « institutionnelle » des rapports sociaux et conflits idéologiques axées sur la question de la « légitimité » du pouvoir d'État. Autrement dit, on attendait la postmodernité dans les formes de la modernité et tant que l'on négligeait la profondeur de la révolution moderne (parce qu'on y adhéraït idéologiquement), on manquait la profondeur de la transition postmoderne. Tenant alors le politique, l'État, le pouvoir et le droit pour acquis, on cherchait dans la société civile la nouveauté « décisive » et cela précisément au moment où l'État, chargé encore de l'unité de la société (mais sur le mode transitoire de la compensation et de l'équilibrage *a posteriori* des rapports sociaux) et investi de son identité, permettait en lui et hors de lui la prolifération de nouvelles modalités de régulation de l'action et de reproduction des rapports sociaux n'ayant rien à voir avec l'idée et l'idéal moderne d'unité réflexive de la société (dans la domination légitime, dans l'État, dans le pouvoir, dans le droit)⁶.

Parce qu'il s'agit maintenant de saisir le sens d'une transition et non de décrire positivement un état de fait dont le principe central se prêterait de lui-même à la réflexion, l'intégration significative et normative de l'action dans le cadre d'un nouveau régime, explicite, d'« historicité » ne saurait être présumée. La dissolution progressive des frontières du système institutionnel hiérarchisé et centralisé sous l'effet combiné des puissances régulatrices qui se nourrissent de lui ou qui croissent dans ses failles et le développement de diverses modalités, horizontales et excentrées plutôt que centrales, d'intégration « systémique » de ces régulations entre elles s'opèrent en douceur, investissent à nouveaux frais les valeurs modernes d'efficacité et d'utilité sans devoir passer par l'élucidation doctrinale d'un projet de société, sans devoir passer, comme durent le faire les fascismes, par une critique explicite de la modernité et par une mobilisation politique fondée sur ses contradictions. Bref, dans la mesure où la transition contemporaine met en jeu des modalités de reproduction du social qui n'ont pas de centre, le profond sentiment d'une rupture qui s'est exprimé dans la littérature des crises s'est dissipé en une foison de phénomènes « centraux » quand est venu le temps de mettre le doigt sur le moteur de cette transition : la technique, les managers, la trilatérale ou la télévision. Tout cela, évidem-

6. Sur les « modes de reproduction formels de la société », voir M. FREITAG, *Dialectique et société*, t. 2, *Culture, pouvoir, contrôle*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1986, et en particulier la troisième partie.

ment, à quoi il faut ajouter le fait que le « dépassement » du projet moderne n'a pas besoin de programme tant que la gestion, *a posteriori*, des catastrophes et des problèmes peut remplacer l'ordre symbolique *a priori* de la société.

Une transition n'est donc pas moins profonde parce qu'elle peut faire l'économie d'une doctrine ou d'un « comité exécutif central » gérant les affaires communes de la classe sociale qui la réalise. Au contraire, c'est le fait même de la lente accumulation de notre humanité en des normes explicites qui se trouve remis en cause dans cette transition silencieuse : ce que nous sommes devenus a besoin d'être reconnu et tenu ensemble de propos délibéré, c'est-à-dire réflexivement, par le détour d'un devoir-être collectif plus large ; les « processus sans sujets » qui prennent le relais des mobilisations projectives de la modernité ne pourront suspendre indéfiniment cette obligation. Jürgen Habermas a fait valoir que la recherche, dans la libre communication, de nouvelles normes suppose plus que jamais un engagement en faveur de la raison ; mais peut-être avons-nous amorcé un tournant plus large encore et que même le maintien de cette « raison communicationnelle » reposera dorénavant sur un engagement en faveur de formes concrètes et historiques de la normativité qui devront être accueillies réflexivement plutôt que fondées en raison ou en « communication ».

1.7 La dé-différenciation des sphères de la pratique sociale dans la société contemporaine

Un tel engagement est évidemment problématique, non pas tellement du point de vue de ses dangers pour la science, mais simplement parce que la vie sociale contemporaine ne multiplie les enjeux normatifs particuliers que pour les faire éclater, les fractionner à l'infini et en disperser les poussières dans l'air du temps. L'effet de serre et le réchauffement qui en résultent font que chaque jugement sur une question tend à mobiliser de proche en proche tous les autres jugements sur toutes les autres questions, sauf lorsque, momentanément et accidentellement, tous les jugements fusionnent ensemble dans l'allégresse : un général se vante sous les applaudissements d'avoir ramené un peuple à l'âge de pierre en 24 heures, mais le sénat de son pays consacre une demi-journée à discuter sérieusement des conséquences éventuelles pour la sécurité de l'État du fait que quelqu'un aurait, entre autres choses, dit devant quelqu'un d'autre qu'il y avait un poil dans le coca-cola. Ce stress normatif atteint jusqu'à la langue vernaculaire qui hésite de plus en plus à « pleurer comme une Madeleine » ou à « travailler comme un nègre » ; à quand la gêne de se coucher à l'heure des poules ?

L'aptitude des petites questions normatives à soulever les grandes et ensuite à les embrouiller découle du fait qu'en dehors d'un accord de niveau plus général aucun jugement particulier ne peut s'en tenir au critère spécifique sous lequel il est prononcé puisqu'il ne peut pas à la fois fonder ce critère et l'appliquer. Laissé à lui-même, pour ainsi dire, tout critère spécifique de jugement aura tendance à s'embrouiller jusqu'à la réversion, c'est-à-dire jusqu'au point où c'est ce qu'il est censé régir qui lui impose sa « propre » signification. Un système normatif hautement différencié, bref, ne se désagrège par en haut que pour être attaqué par en bas (mouvement inverse de sa constitution à partir d'une « vertu » médiane originale). Parce qu'il n'y a de domaines autonomes d'évaluation que dans le cadre d'une évaluation commune du sens de cette autonomisation, on ne peut pas même s'entendre sur la vérité d'une proposition scientifique si l'on ne s'entend pas sur le sens de cette proposition dans un langage plus général où la norme et le fait sont *a priori* accordés en « justesse » dans un sens commun (comme une longueur et le mètre dans l'expression courante « une longueur de cinq mètres »).

Prenons l'exemple de la science, justement : tant que des docteurs vêtus d'hermine, interprètes ésotériques de la tradition, laissent majestueusement tomber la vérité du haut de la chaire, la marge d'autonomie de la science ne fait pas de doute, et cela même si on ne peut pas énoncer dans l'absolu le principe de son autonomie par rapport à la foi, à la connaissance commune ou au pouvoir ; ces distinctions se forment dans des jeux concrets de reconnaissance réciproque et chaque domaine n'a que l'autonomie qu'il peut se faire progressivement reconnaître dans le cadre d'un accord « organique » plus large et constamment plus abstrait. Mais une fois que l'on entreprend de fonder l'autorité du discours scientifique purement et absolument sur ses « propriétés » endogènes en l'ouvrant au libre examen et en visant à réaliser un accord tendanciellement universel autour de la vérité, on découvre récursivement qu'un tel accord est toujours présupposé à un niveau plus général qu'à celui où on l'obtient scientifiquement et que la science est incapable de fonder elle-même « l'adéquation de la pensée et de la réalité » qui la rend possible. Ayant épuisé le projet moderne d'une fondation du discours de vérité, il ne reste plus qu'à retourner la science comme un gant, à décréter que ce qui est vrai est ce qui est efficace et à partir dans l'autre sens à la recherche du fondement de l'efficacité. Comme cette recherche débouche invariablement sur la preuve du pouding et sur le critère de la puissance technique (ça marche, donc c'est vrai), l'épistémologie postmoderne complète le cycle en inversant Bacon : pouvoir, c'est savoir. On obtient donc ce résultat paradoxal : après avoir libéré la science des forces de la tradition au nom du projet de la fonder dans

l'absolu, on ne s'explique l'échec de ce projet qu'en niant dans l'absolu l'autonomie du savoir⁷.

La meilleure illustration de cette dé-différenciation déjà très avancée des « systèmes » modernes (Luhmann nonobstant) se trouve dans l'ouverture de plus en plus nette du système judiciaire aux enjeux idéologiques environnants et dans l'incapacité concomitante des tribunaux de maintenir leurs propres distinctions formelles entre les « normes » et les « faits ». Alors que, d'un côté, les législateurs ne peuvent s'entendre sur une loi qu'en y introduisant des ambiguïtés pour contourner leurs désaccords et pour ne pas imposer un carcan trop étroit aux pratiques que la loi doit « exprimer » autant qu'elle veut les régir, les tribunaux sont obligés, de l'autre côté, de trancher les cheveux en quatre avec l'aide des « experts » et de s'ouvrir à toutes les scolastiques (en commençant par la sémantique) simplement pour établir les faits. Les problèmes sociaux se traduisent en causes types et les causes particulières mobilisent des affrontements idéologiques plus larges ; toute cause menace ainsi de se rendre jusqu'au tribunal suprême, processus qui a pour effet de transformer les délibérations ésotériques devant mener à la découverte du droit par ce haut tribunal en jugements majoritaires âprement négociés qui imposent des « décisions ». L'affrontement médiatique de toutes les capacités d'influence de la société autour du tempérament des candidats juges ne fait donc que boucler la boucle ; on présume alors, et non sans raison, que le droit n'est plus l'application d'une idée de justice à des interactions sociales mais une invention au coup par coup régie par des « dynamiques de groupes ». On veut donc savoir de quel signe est la pente idéologique de la personnalité du candidat avant de décider d'appuyer son droit de produire du droit au gré de sa fantaisie.

Devant un tel renversement du procès de différenciation moderne des « sphères » de la normativité, il peut sembler curieux de dire, comme nous l'avons fait à l'instant, que l'on doit aborder la transition contemporaine dans le cadre d'un engagement « normatif ». En un sens, cependant, c'est là une tautologie : il suffirait de décider que cette implosion des problèmes et des sphères ne pose aucun problème de degré supérieur pour se débarrasser de la postmodernité au profit des plus rassurantes continuités matérielles : continuité des instincts, continuité des intérêts, continuité des techniques ou continuité des changements. Bref, pour qui croit en la Vie, en l'Homme, en Dieu, en la Raison ou en l'Histoire, « il n'y a rien là ». Mais pour peu que l'on se reconnaisse encore dans ce qu'il reste des réserves de

7. Voir O. CLAIN, « La techno-science et la visée de connaissance », *Société*, n° 4, 1989, pp. 95-142.

tradition et des projets d'autonomie réfléchi et responsable à l'égard des traditions, on saisit forcément la dé-différenciation des systèmes normatifs issus de la modernité comme un moment dangereux pour toute raison de vivre ensemble (au sens de motif subjectif et de modalité historique concrète) et pour toute possibilité d'agir significativement : il y a danger que le bébé ne soit perdu avec l'eau du bain. Ce qui définit en tout premier lieu la « problématique de la postmodernité », c'est l'effort d'échapper aux apories du retour à la plénitude d'une tradition (qu'elle soit humblement canadienne française ou héroïquement hébraïque) et à celles de la fuite en avant dans la dissolution « moderniste » du droit (fût-il dûment internationalisé en un nouvel ordre que l'on imposerait aux autres à défaut de le respecter soi-même) ; c'est la recherche du lieu d'une synthèse possible de ces régimes de la normativité.

2. Transition sociétale et rupture révolutionnaire

Les révolutions, entendues au sens étroit, se présentent comme des moments d'extrême désorganisation de la vie matérielle des sociétés, moments placés sous l'égide d'un discours de remise en ordre des structures fondamentales du monde et de la vie sociale : à Téhéran comme à Paris, on refait le calendrier, on redéfinit le savoir, on reconstruit le droit et on fonde le tout sur une nouvelle légitimité. Il y a cependant des transformations sociales qui sont vécues dans l'autre sens : le sentiment d'une confusion irrémédiable des grands ordres du monde s'y développe sur le fond d'une solide continuité de détail de la vie quotidienne. Les pendules fonctionnent à la perfection mais, pour une raison mystérieuse, les jours se décalent et prennent de l'avance. Examinons rapidement les conditions de possibilité d'une modalité de l'expérience collective que nous nous sommes contenté jusqu'ici de désigner : la transition. Nous devons pour cela distinguer d'abord deux niveaux du changement social, le couple transition/révolution caractérisant le second, et mettre en évidence ensuite la spécificité de la transition contemporaine.

2.1 Premier niveau. Le flux du changement social dans la continuité des rapports

La continuité dans le temps est très certainement le caractère le plus massif de l'expérience sociale ; chaque activité, chaque rôle, chaque rapport, chaque personne et chaque chose ne fait à tout moment que continuer à être ce qu'il était l'instant d'avant. La vie sociale, pourtant, c'est toujours un peu le vaisseau des Argonautes : les individus passent dans la société comme entre les villages se relayent les épisodiques passagers d'un train ; les générations succèdent aux générations sans solution de continuité, le

plus souvent sans modifications appréciables de la structure de la société ; chaque répétition d'une action, chaque actualisation d'un rôle, chaque manifestation d'un rapport, chaque expression d'une personne et chaque réalisation d'une chose diffère de toute autre, sans cesser d'être cette action, ce rôle, etc. Mieux : cette *différence* du même en sa reproduction n'est pas simplement celle de la singularité ; c'est aussi, le plus souvent, celle de la particularité, car tout ce qui dure en se reproduisant le fait sur la base concrète de ses actualisations antérieures et il en accumule en lui les marques circonstancielles contingentes.

Cet apparent paradoxe de l'accumulation infinitésimale des changements dans la continuité du même tient à la nature même des choses sociales, qui est de ne pas en avoir ; définies et assignées à leur spécificité par leurs rapports réciproques, elles sont « représentées » les unes dans les autres sur un mode typologique et catégoriel⁸, toute actualisation effective de leur spécificité étant d'emblée excédée par cette médiation significative. Elles n'existent donc que dans le cadre d'une marge de tolérance que nous saisissons objectivement comme concept dans le langage et que nous éprouvons subjectivement comme norme quand notre identité s'y trouve engagée. Un exemple purement formel illustrera la situation : dans une espèce animale caractérisée par la division sexuelle, les différences individuelles disparaissent au regard de cette discontinuité générique. La reproduction de la vie de l'espèce passant par le « rapport » des genres, l'unité fondamentale de l'espèce prend la forme d'une « représentation » de chacun des genres dans le manque dont il est l'objet et dans l'appel qui lui est destiné. Comme ce manque est un manque générique, il excède *a priori* toutes les actualisations empiriques individuelles de son objet et anticipe ce dernier dans le cadre d'une marge de tolérance où se trahit sa propre « généralité ». L'unité de l'espèce se trouve ainsi élevée à un niveau supérieur, les genres étant aussi discontinus et autonomes qu'est grande en eux la *puissance du rapport qui les constitue*, les variations individuelles étant aussi marquées (et indifférentes) qu'est abstraite la norme de chaque genre.

En faisant attention à plusieurs différences évidentes concernant, notamment, les « représentations » et les « rapports », nous pouvons dire que la continuité de la vie sociale par-dessus tous les petits glissements dont elle est faite tient à cette marge de tolérance (et d'autonomie) dont jouit tout ce qui tient « sa » constitution d'un rapport et « son » identité d'une médiation. La visée générale d'un métier, par exemple, continue

8. À ce sujet, voir M. FREITAG, « Sémiotique transcendantale ou anthropologie transcendantale », *Cahiers de recherche du Groupe interuniversitaire d'étude sur la postmodernité*, n° 7, 1991, p. 32 et suiv.

d'orienter les activités particulières en lesquelles il se décompose, et cela par-dessus les différences que ces activités accumulent en elles-mêmes chacune de son côté ; une division du travail peut se maintenir par-dessus la transformation progressive de tous les métiers qui ont leur sens en elle ; et ainsi de suite. Une telle situation implique donc aussi la possibilité d'un glissement progressif du rapport lui-même lorsque les autonomies constituées en lui et par lui occupent la marge de tolérance dont elles jouissent les unes par rapport aux autres en penchant systématiquement et cumulativement dans une direction particulière. Cette évolution du rapport se joue simplement elle aussi dans la marge d'indifférence qui définit la fonction de ce rapport dans la société : pour qui se contente de la boire, il est indifférent que la bière soit de fabrication artisanale, patronale, syndicale ou coopérative, il faut simplement que ce soit de la bière.

Il faut faire attention, cependant, de ne pas faire du « changement dans la continuité » la grande et unique loi du changement social, compris alors comme un glissement global, autorégulé, évolutif/adaptatif du « système » social ; une telle loi présupposerait manifestement ce que l'on attendrait d'elle, c'est-à-dire l'intégration harmonieuse de toutes les petites évolutions dans l'évolution générale. Or, dès que les autonomies ne sont plus définies directement dans le cadre commun de la vie de la société et de son « langage », tous leurs glissements évolutifs ne les libèrent les unes des autres que pour s'accumuler entre elles dans l'écart de leurs conflits. Tout le système des tolérances normatives qui caractérise les attentes doit alors devenir lui-même l'objet d'une activité explicite qui réduit par en haut (formellement et abstraitement) les distances qui se conquièrent par en bas (matériellement et concrètement).

2.2 Second niveau. Le pouvoir d'agir sur la norme d'un rapport : l'objectivation de la normativité

Prenons les choses par l'autre bout. Dans les sociétés hautement différenciées, tout domaine particulier de la pratique sociale peut, dans la réalisation de ses propres normes, « contredire » tout autre domaine collatéral autonome dont l'évolution interne aurait pris une voie incompatible avec la sienne. L'autonomie des domaines normatifs suppose donc alors la capacité de redéfinir les normes pour les rendre compatibles entre elles à un degré supérieur d'abstraction, suppose le développement d'un travail sur les normes et la constitution d'un rapport de second degré, vertical, où l'exigence d'unité de la société se différencie progressivement des exigences immanentes aux activités conflictuelles « dominées ».

Dans la forme classique, hiérarchique, de ce rapport de domination, la capacité exorbitante de redéfinir et de sanctionner les normes de l'action

sociale canalise vers elle tous les conflits qui accompagnent la formation de domaines autonomes de l'activité. En retour, parce que ces pratiques sont ainsi formellement libérées les unes des autres, elles accumulent leurs propres glissements internes dans une modalité « spécifique » de reproduction, le tout dans le cadre d'une contradiction plus large, structurelle, qui oppose les normes de la capacité politique de ramener les pratiques à l'unité et les normes que ces dernières transforment en leur accomplissement même. Tout « pouvoir » de sanctionner l'action est donc aux prises en permanence avec la question de sa propre « normativité » (la légitimité), question qui réunit tous les conflits dans l'unité du pouvoir mais avec le pouvoir comme enjeu. Finalement, les nécessités supérieures que le pouvoir pose en son action, l'ordre nécessaire de la société dont il se réclame pour justifier cette action, dessinent ensemble la ligne verticale, transcendante, de toute idéologie politique ; c'est en se présentant comme pratique de l'Ordre social que le pouvoir conquiert sa propre autonomie par rapport à toutes les pratiques et qu'il peut s'appuyer sur les conflits qui traversent la société pour s'en nourrir⁹.

Dans les sociétés traditionnelles, le pouvoir n'impose de normes au rapport social (« Tu dois... sinon... ») que dans le cadre d'une déduction juridictionnelle basée sur les privilèges et les puissances d'agir propres aux différents groupes sociaux et manifestant ensemble l'ordre nécessaire de la société. Garant sur terre d'un ordre émanant de la volonté divine mais dont l'origine se perd dans la nuit des temps, le pouvoir a sa légitimité dans le respect de cet ordre ; son activité d'institutionnalisation (c'est-à-dire de reconnaissance et de transformation de ces puissances en un droit « abstrait ») a donc toujours pour motif idéologique la préservation de la tradition, la reformulation de l'ancienne harmonie des conditions sociales, la réintégration des désordres issus de l'événement dans le tissu organique des « ordres » de la société. Tout cela revient à dire que la capacité législative n'appartient pas en tant que telle à la discrétion du pouvoir traditionnel ; ce dernier « représente » la loi.

Le développement de l'absolutisme moderne va profondément modifier la nature du pouvoir. Pour ramener la bourgeoisie et ses réseaux économiques sous leur tutelle, les monarchies territoriales sont alors obligées de faire une place juridique aux nouvelles pratiques et de reconnaître,

9. Je me suis contenté jusqu'ici d'abrégier métaphoriquement la théorie de l'institutionnalisation proposée par M. FREITAG, *op. cit.*, note 5, deuxième partie. Dans « La genèse du politique dans les sociétés traditionnelles. 1. De la communauté tribale à la royauté », *Société*, vol. 6, automne 1989, pp. 41-122, le même auteur déploie l'exposé de cette théorie dans l'élément des formes concrètes du développement politique ; on aura avantage à s'y référer pour la suite.

contre les rapports statutaires et concrets de la société, l'espace abstrait du rapport contractuel, contre les possessions traditionnelles liées au sol, la propriété privée issue de l'échange. Le statut idéologique de la loi se modifie en conséquence : de simple expression/élucidation des obligations constitutives des ordres traditionnels de la société, elle devient reconnaissance de nouveaux rapports sociaux, la capacité de dire la norme du rapport social devenant ainsi la capacité de créer des droits et des devoirs. Cette transformation ne pouvait que déboucher sur une remise en question de la légitimité du pouvoir traditionnel ; puisque c'est la structure générale des rapports sociaux (c'est-à-dire la vie humaine elle-même) qui tombe ainsi aux mains du pouvoir de « faire » la loi, ce pouvoir pouvait d'autant moins se réclamer de la tradition qu'il ne s'en réclamait que pour la transformer en profondeur.

Cette *transition sociétale* et cette crise de la tradition trouvent leur résolution dans le renversement du rapport du droit à la loi qui s'exprime si fortement dans les constitutions révolutionnaires, constitutions qui marquent en ce sens l'apogée du processus moderne : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » (article 5, Déclaration de 1789) ; « Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique » (article 11, Constitution de 1793) ; et ainsi de suite. Il faut remarquer ici que cette monopolisation « législative » de la visée de justice (et sa justification idéologique) rejette d'un seul coup hors de la sphère publique, bien que cela ne soit encore que « sur papier » et en principe, toute socialité traditionnelle ainsi que, plus généralement, tous les devoirs et toutes les attentes qui appartiennent à la culture (quitte à interpréter alors ces devoirs et ces attentes, par anticipation de leur désocialisation « réelle », dans le cadre d'une psychologie naturaliste de l'intérêt). Il est clair aussi que ce renversement au terme duquel rien n'est « de droit » qui ne soit « de par la loi » exige à son tour l'assujettissement formel de la capacité législative à des normes politiques supérieures garantissant, comme on a pu le dire, « que la loi fera justice et que la justice fera loi ». Bref, si la loi peut désormais faire le droit, c'est que la loi n'a elle-même « le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (article 5, Déclaration de 1789) ; c'est qu'elle est devenue un instrument dont l'emploi, comme c'est le cas pour tout instrument, peut (et doit) lui-même être rationalisé.

2.3 La légitimation de la production législative des normes

C'est donc le développement des prétentions « législatives » des monarchies absolues qui va conduire la modernité au seuil de la question la plus radicale qu'elle ait posée, la question de la légitimité. Ce n'est pas tout,

en effet, de dire que la modernité a ramené sur terre l'ordre social en prenant pleinement conscience du fait que la société est le produit de l'action humaine ; il faut voir aussi que la capacité « humaine » de produire la société pose alors d'une manière particulièrement aiguë la question de sa propre régulation. Justement parce que l'ordre social est, absolument, le produit de l'action humaine et justement parce que cette « praxis » porte dorénavant sur les conditions *a priori* de l'action, l'exigence d'un consensus quant à la norme du pouvoir devient une exigence absolue : à quelle norme doit-on soumettre la capacité humaine d'agir sur l'Homme, à quelle nécessité supérieure peut-on subordonner la capacité de créer les droits et, plus généralement, à quelle condition peut-on justifier le fait même d'une telle domination politique ?

En posant d'une manière radicale la question de la domination, la philosophie politique moderne est amenée aussi à pousser à la limite la dimension transcendantale de toute idéologie politique ; ramener sur terre la norme du pouvoir d'agir sur les êtres humains exige la formation d'un consensus universel autour de cette norme, consensus qui doit dès lors être recherché dans l'universalité abstraite de l'être humain, c'est-à-dire dans la raison « elle-même ». Et la première chose que dit la raison qui parle en chacun, c'est qu'en ses « opérations » (à la limite : la logique !) cette raison n'est soumise qu'à ses propres lois, ce qui est la liberté ; que cette liberté qui est le fond commun de l'humanité, que cette autonomie de la raison, qui est au principe de tout vouloir et de tout agir humain, doit être la norme de toutes les normes, la limite de toutes les puissances, le but interne du pouvoir. La domination politique n'est donc justifiable qu'en tant que garantie de l'égalité individuelle dont la raison est le principe transcendantal¹⁰.

Si la crise de la légitimité traditionnelle trouve sa résolution dans les constitutions révolutionnaires modernes, c'est donc seulement au prix d'un renversement du problème de la justice dans les formes de l'utopie. Ne reconnaître de pouvoir légitime que celui qui est assujéti à la raison, ne reconnaître comme volonté générale authentique que celle qui vise l'autonomie de la volonté individuelle, cela n'est encore que la condition formelle de la réalisation de la justice par le moyen du pouvoir, l'idée du chemin qui doit conduire à la bonne société. Celle-ci n'est donc plus un passé à continuer mais une promesse à remplir, un projet¹¹, et la tâche du pouvoir

10. Sur l'individualisme et ses transformations contemporaines, voir Y. BONNY, « Réflexions sur l'individualisme », *Société*, vol. 3, été 1988, pp. 125-157.

11. Pour un exposé des liens entre la forme sociale du temps et le mode de reproduction de la société, voir M. LALONDE, « Temps et société traditionnelle », *Société*, vol. 6, automne 1989, pp. 123-159.

est d'assurer la réalisation matérielle de la justice « formelle » dont il se réclame lui-même en tant qu'instrument de l'identique liberté des sujets de la raison. Déduite d'une justification universelle du rapport de domination, la justification du pouvoir de faire le droit élève au plan politique tous les enjeux normatifs de la société et leur assigne une place dans l'unité projective de la société, c'est-à-dire dans le procès historique de rationalisation des conflits et de matérialisation de l'idée de justice.

2.4 Transition à la postmodernité : limites d'une synthèse normative purement rationnelle-légale et diffusion dans le social du problème de la légitimité

Nous pouvons revenir maintenant au problème de la transition contemporaine parce que nous atteignons ici le niveau de généralité où il se pose. Ce qui caractérise au premier chef cette transition, c'est la décomposition à l'infini du problème de la légitimité et sa diffusion dans tous les pores de l'action sociale (où il se retourne alors en problème d'identité des domaines et des acteurs). Pour dire les choses simplement, le problème de la légitimité n'est plus seulement celui de l'État, ou celui de l'État endetté, ou celui de l'État-providence, ou celui de l'État libéral, ou de l'État de droit ; c'est celui du pouvoir et de sa fondation sur la liberté individuelle par l'idéologie universaliste de la raison. Mais il y a plus : édifié sur le rejet radical des justifications « irrationnelles » du pouvoir traditionnel, le système moderne de la domination rationnelle ne se décompose qu'en entraînant avec lui la possibilité même d'une référence transcendantale de la praxis en sa visée de justice commune. L'épuisement du pouvoir politique moderne, l'érosion de son principe de légitimité et la mise en jeu dans chaque parcelle du « social » d'un problème de légitimité débouchent alors sur un système de négociations permanentes dont le critère explicite, l'efficacité, n'anticipe l'action particulière qu'à la lumière de son effet sur la stabilité du système ; toute convention qui ouvre une trêve dans un conflit est efficace, et cela est indépendant de la question de savoir si elle est bonne, si elle est juste ou si elle est compatible avec toutes les autres conventions. Ces régulations opérationnelles du fonctionnement des appareils de l'État et des puissances de la société n'ayant ni centre ni hiérarchie, il est impossible d'y saisir les choses à la lumière de la structure d'ensemble et toute « réflexion » tend à devenir purement subjective.

Concrètement, cela signifie que plus personne ne place d'espérances essentielles dans le prochain gouvernement, ou dans le prochain type de gouvernement, ou dans la prochaine constitution, ou dans le prochain type d'autorité, ou dans les développements prochains des rapports politiques internes à l'État. Toutes ces choses sont condamnées à continuer de fonctionner dans le détail en achevant de s'user et elles sont condamnées à

le faire sur le fond d'une impossibilité radicale de tout renouvellement en profondeur : elles ont déjà gratté, en leurs principes originels eux-mêmes, le fond de la plus extrême profondeur¹². Et tant que les cadres de l'État, où s'opère la transition allant d'un projet de justice à un système pragmatique de manipulation des conflits, pourront contenir ces derniers, ils ne pourront être repoussés par en haut, vers l'abstraction d'un *imperium* plus large ; ils s'accumuleront entre tous les petits rouages du contrôle.

Voilà pourquoi la transition contemporaine se présente comme une continuité de détail sur un fond d'entropie croissante des sphères de la normativité. C'est dans la domination rationnelle et dans la fonction du pouvoir qu'était projetée l'unité symbolique de la société moderne, c'est l'universalité abstraite de la raison subjective qui devait garantir l'intercompréhension de toutes les dimensions autonomes de la pratique, et, entre les deux, c'est l'organisation déductive des droits et des devoirs dans un droit formel qui devait assurer l'intégration générale de l'action sociale dans la liberté ; une fois que le pouvoir doit renoncer à toute prétention d'harmoniser dans la liberté des sujets de la raison la totalité des puissances empiriques de la société, toutes les autonomies qui ont été conquises et toutes les séparations qui ont été consacrées deviennent ensemble des menaces les unes pour les autres pendant que l'idée même de « domination rationnelle » se transforme en une atrocité. Cet effondrement, par le centre, de l'idéologie moderne laisse temporairement subsister ses aspects les plus solidement réifiés, mais dans une conflictualité sans enjeu. Les relations interpersonnelles, l'amour, la famille, le travail, l'identité, le désir, le besoin, l'expression de soi, le rapport au corps, le rapport au temps, etc., tous les aspects de l'expérience « privée » restent ouverts en leurs idéaux de plus en plus incertains aux différences qu'accumule la vie quotidienne, mais cette continuité angoissée se déploie sur le fond d'une conflictualisation diffuse des rapports des groupes d'âge, des sexes, des classes sociales, des catégories statutaires, des cultures, des peuples et des « blocs » que le martelage d'une idéologie de « l'ouverture à l'autre » ne fait que souligner. Le droit, la morale, la politique, l'art, la technique et la science se prolongent consciencieusement en différenciations internes alors que s'effrite leur critère spécifique et que leurs rencontres aux frontières de la « complexité » débouchent invariablement sur la confusion ; au pays de tous les

-
12. « Le principe des États modernes a cette puissance et cette profondeur extrême de laisser le principe de la subjectivité s'accomplir jusqu'à l'extrémité de la particularité personnelle autonome et en même temps de le ramener à l'unité substantielle et ainsi de maintenir cette unité dans ce principe lui-même. » G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 277. Le problème ici est le suivant : le fait que « le principe de la subjectivité » veuille l'unité de la société ne garantit pas, en lui-même, la synthèse réelle de toutes les orientations des subjectivités empiriques.

chats gris règne la doctrine de l'incommensurabilité des paradigmes. Tous les aspects communs de la vie (de la naissance à la mort en passant par la maladie et la santé) et tous les aspects de la vie commune (de l'économie à l'écologie en passant par les finances publiques) deviennent autant d'enjeux pour les militantismes bureaucratisés qui ne se cristallisent sur ces « problèmes » que pour les porter sur la place publique médiatique où ils se dissolvent alors en information, en communication, en pression, en participation et en négociation. Sans projet qui serait l'enjeu et la norme de tous les enjeux normatifs et sans respect de la tradition pour soustraire aux militantismes et aux capacités décisionnelles les habitudes séculaires, la vie sociale est maintenant ouverte sur la légitimité de tous les conflits ; nous ne disposons d'aucun principe pour rationaliser ces conflits et nous n'accordons aucun crédit à l'espoir d'en obtenir un des procédures du droit, de la rationalité politique ou de la logique communicationnelle. Pour l'heure, notre seule pédagogie collective, la condition générale de toutes les continuités, est une idéologie purement négative de la « non-violence », idéologie qui détruit tendanciellement sa propre condition de possibilité puisqu'elle s'applique aussi, forcément et comme pour lui donner le coup de pied de l'âne, au monopole de la violence conditionnelle du pouvoir « légitime ». À toute activité, à toute manière d'être, à toute prétention, on peut demander : « de quel droit ? » et être assuré de pouvoir « légitimement » poser la même question à toutes les réponses successives ; on se rend ainsi jusqu'à des chartes qui n'ont aucune effectivité en dehors de la puissance relative des pressions spécialisées qui, chacune de son côté, en fait valoir un morceau contre tous les autres.

De l'autre côté, cependant, toute adaptation « raisonnable » et pragmatique de l'action à son environnement implique elle aussi la liquidation accélérée des normes qui font la spécificité de ce domaine d'action autonome ; les conflits de plus en plus nombreux ont de moins en moins de sens « en eux-mêmes » (parce que l'écho du conflit commun achève de résonner en eux), et tous les braquages normatifs, qu'ils soient faits de rigidité conservatrice ou de rigorisme réformiste, se transforment ensemble en sources de « bruit ». La réduction du niveau de bruit, c'est-à-dire la liquidation de toute normativité concrète au profit d'un « fonctionnement » non réflexif, libre de toute tension entre la norme et le fait, se présente alors comme une condition de l'efficacité communicationnelle du système¹³.

13. Voir J.L. COSSETTE, « Habermas et la raison publicitaire ; la communication pure hors du sens », *Société*, vol. 2, hiver 1988, pp. 109-147. On pourrait soumettre l'idéal de « communication pure », dont John Rawls a tiré une théorie de la justice, à une semblable critique.

La forme la plus criante de cet épuisement du politique se trouve dans le fait que ce qu'il reste d'« autorité légitime » n'est systématiquement plus au niveau des problèmes créés par la révolution moderne elle-même. La mondialisation massive des formes idéologiques, politiques, économiques ou techniques issues de l'Occident a unifié tout le domaine humain des problèmes de justice et d'équité, et cela alors même que les sociétés occidentales perdaient de leur côté la faculté de les affronter sur le mode universaliste et abstrait dont se réclamait la *rule of law*. Les « institutions » internationales, les regroupements de dirigeants, les accords internationaux et toutes les autres tentatives d'élever la politique au niveau mondial procèdent dans le cadre d'un déficit de légitimité qui ne peut être compensé qu'en puissance ou en efficience (mais dans tous les cas, pragmatiquement). Elles ont donc déjà elles aussi un pied au-delà de la modernité politique et de la défaillance interne de son projet.

2.5 Du pouvoir au contrôle, de l'institution à la décision et de l'État au système

La jeunesse contestatrice, contre-culturelle ou politique, a baptisé dédaigneusement, il y a une trentaine d'années, la société contemporaine « le système ». Depuis, la généralisation du modèle systémique dans le discours théorique autant que le jargon pratique lié à l'opération des procédures de contrôle ont banalisé la notion de système en la diffusant et surtout l'ont purgée de ses connotations idéologiques (enfermement, myopie, inconscience). Aujourd'hui, la notion de système fait essentiellement référence à l'idée cybernétique, et son emploi dans les sciences sociales (le plus souvent métaphorique) prend un caractère rétrospectif : on s'est réconcilié avec « le système » à mesure que l'on apprenait à voir dans toute société un système. On a ainsi sublimé une intuition qui, pourtant, touchait parfaitement la spécificité des sociétés contemporaines, intuition qui se tient maintenant, à fleur de peau, dans la référence cybernétique de la notion : les médiations constitutives d'un « système » (cybernétique) n'ont pas de centre ni de « médium généralisé », toutes les composantes du système proprement dit étant, dans leur existence concrète immédiate, des dispositifs de contrôle.

La grande affaire de la cybernétique, en effet, c'est l'homéostasie et la grande affaire de l'homéostasie, c'est la rétroaction (*feed-back*) des variations : les variations d'état d'une source de chaleur contrôlent les variations de température de l'air ambiant qui contrôlent les variations d'état d'un commutateur qui contrôlent les variations d'état de la source de chaleur, et ainsi de suite, chaque composante du système étant un relais de contrôle et tout relais de contrôle étant un régulateur du système, un médiateur de son homéostasie opérant selon des modalités particulières.

Dans ce sens-là, l'image du « système » saisit parfaitement les sociétés contemporaines, autant par le côté de l'illusion d'« autonomie des composantes » dans l'« équilibre d'ensemble » que par celui de totalisation non réflexive évoqué plus haut.

Le droit, le pouvoir et la légitimité étaient, dans les sociétés politiques, les lieux d'une visée de synthèse, expressive et subjective, des normes de l'action en même temps que l'instrument de l'action sur soi de la société dans son ensemble. Les régulations institutionnelles explicites de l'action sociale étaient pour toute pratique particulière aussi bien un détour par où se saisir soi-même dans l'ordre d'ensemble qu'un objet de la lutte pour le transformer, structure qui élevait la réflexivité de l'agir humain au niveau d'une praxis sociétale consciente de soi. L'échec moderne de ce modèle et la diffusion des régulations au fil des puissances sociales comportent le danger d'un aveuglement radical aux problèmes globaux du système, pour peu qu'ils s'accumulent d'une manière équilibrée, comme un bruit de fond qui s'accroît, dans tous les contrôles à la fois.

3. La justice entre le droit et les droits

Nous avons dit que la problématique de la postmodernité avait (ou devait avoir) pour objet les conditions générales d'une synthèse des formes de la normativité auxquelles nous devons d'être ce que nous sommes devenus mais qui ne peuvent plus en elles-mêmes assurer la préservation et l'intégration de cet être comme « être ensemble » et qui se trouvent menacées d'insignifiance de ce fait (notre commune constitution biologique ou notre commune constitution symbolique ont buté sur de semblables limites il y a déjà bien longtemps). La première condition de toute synthèse étant de saisir les limites de ce qu'elle recueille, une telle orientation théorique suppose, entre autres choses, la compréhension de ce qui est arrivé à l'idéal moderne de la justice et de la loi. C'est dans cet esprit que nous terminerons en examinant brièvement la transformation de la loi en procédé administratif, l'éclatement du droit en une mosaïque de droits subjectifs faisant face à des montages réglementaires à caractère décisionnel et la dissolution de la visée de justice en des pratiques de gestion des conflits.

Ce qui précède peut être résumé très simplement : si l'on s'entend pour dire du droit qu'il est « l'application d'un idéal de justice à des interactions sociales¹⁴ », il s'en suit que la formation d'un tel idéal de justice ne relève pas elle-même du phénomène juridique mais de la lutte politique : la forma-

14. A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981. Malgré un désaccord fondamental avec la thèse du caractère « politique » de l'anthropogénèse, ce qui suit présuppose un accord tout aussi fondamental avec la phénoménologie du droit de Kojève. Mais ce n'est pas le lieu de nous expliquer ici de ce paradoxe.

tion d'un idéal de justice n'est rien d'autre que la formation d'un consensus sur le rapport de domination. C'est ainsi que la radicalisation de la lutte politique dans le cadre du procès révolutionnaire de la modernité débouche sur la formation d'une idéologie politique qui pose, absolument, que la domination n'est raisonnable et rationalisable qu'en tant que moyen de l'égalité et universelle liberté d'action des sujets de la raison. Le droit, qui est « l'application de cette idée aux interactions sociales », se présente alors simultanément comme législation, comme exécution et comme juridiction (c'est-à-dire comme tripartition hiérarchisée du pouvoir), la loi étant de son côté l'organisation déductive des normes pratiques découlant de cette idée (l'État de droit comme « ordre normatif »). Finalement, comme ces normes régissent l'interaction sociale conformément à l'idée de liberté individuelle et qu'elles se contentent d'anticiper toute interaction possible à partir de la simple exigence de préservation formelle des libertés en cause, elles n'ont elles-mêmes qu'un rapport formel au contenu de l'action et définissent comme « juste » la distribution des droits et des devoirs dans la société uniquement sur la base de la forme de leur transmission (ou, plus exactement, sur la base de leur mode de formation).

3.1 De l'égalité formelle des libertés à l'équivalence des travaux dans l'échange : traduire, c'est trahir

On doit évidemment prendre ici pour exemple la plus formelle et la plus puissante de toutes les normes formelles modernes puisqu'elle va institutionnaliser d'un seul coup le champ entier de l'« économie » pour en faire un domaine autonome d'interaction sociale : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » dira le Code civil d'une manière laconique qui consacre, comme en passant, l'échange libre en tant que rapport fondamental de la vie sociale et qui abandonne à la logique d'équivalence du marché le soin de traduire sur le plan « matériel » l'égalité formelle devant la loi en quoi se résout l'idée de justice qu'il applique. Du moment que dans les interactions libres du marché, en effet, chacun ne contracte de devoirs qu'équivalents à ses yeux aux droits qui lui sont reconnus en échange, du moment que nul genre de travail ne peut être interdit à l'industrie des citoyens et que tous les genres de travaux sont également utiles à la société, du moment que nul ne peut être privé du fruit de son travail, l'échange libre de droits et de devoirs équivalents tend à n'être qu'un échange de travaux égaux et l'égalité formelle des personnes tend, par le jeu de cette équivalence, à réaliser l'idéal de justice : l'égalité liberté d'agir.

Il n'est pas nécessaire d'être terriblement marxiste pour réaliser que les présuppositions de ce programme viennent treize à la douzaine et que le

jeu de la libre économie aura tôt fait de les prendre toutes en défaut : le développement massif du travail « libre » (c'est-à-dire séparé des conditions de sa réalisation), la consolidation de la personnalité juridique des sociétés d'intérêts privés ou la multiplication des « conventions légalement formées » entre des personnes morales gigantesques et engageant des tiers vont détruire jusqu'à l'idée d'une homogène subjectivité transcendante des partenaires et transformer l'échange libre, à la faveur de l'égalité formelle, en une structure de rapports de force imperméable à toute idée de justice. Du point de vue de chacun des partenaires de l'échange, il y aura bel et bien équivalence des droits et des devoirs échangés, mais les subjectivités et les libertés qui, de chaque côté, jugeront de cette équivalence et s'engageront en conséquence ne seront plus de même nature¹⁵. L'économie capitaliste pourra ainsi s'approcher de sa perfection propre en s'éloignant toujours davantage de l'idée de justice qu'elle devait matérialiser.

3.2 Refaire un monde commun autour des partenaires du marché : les droits sociaux

Il est impossible d'examiner ici ne serait-ce que les plus importants corollaires de ce renversement ; contentons-nous de jeter un coup d'œil sur son lien avec ce que nous appelons aujourd'hui les droits fondamentaux, quitte à faire passer par ce tunnel notre approche de ses résultats contemporains. Dans leur formulation révolutionnaire initiale, les droits « inaliénables » de l'Homme n'appartiennent pas, nous l'avons signalé plus haut, au droit proprement dit mais au domaine politique et idéologique de la formation d'un consensus quant à la visée de justice du rapport de domination, consensus formé dans une lutte qui se réclame des droits naturels de l'Homme, mais seulement contre les privilèges existants et en faveur d'une rationalisation qui ferait découler tout droit subjectif d'une législation universaliste¹⁶. La contradiction entre la logique d'équivalence du marché

15. On se rappelle, par exemple, la vision marxiste de la rencontre du travail et du capital : pour qui manque de tout, devoir travailler pour l'autre aujourd'hui en échange du droit de vivre jusqu'à demain peut sembler un échange marqué au coin de l'équivalence, et cela même si l'autre y consent parce que ce qu'il obtient remplace dix fois ce qu'il cède (plutôt que seulement neuf fois, par exemple, auquel cas il aurait refusé ; notion de « coût d'opportunité ») ; l'équivalence règne des deux côtés, mais ces personnes ne sont pas dans un espace commun, purement humain, par exemple, de valeurs, ce qui exclut jusqu'à la possibilité d'une égale liberté d'agir. Les valeurs (d'usage) que met en jeu le jugement du premier ne sont plus équivalentes entre elles que par l'intermédiaire des valeurs (d'échange) que le second calcule.

16. Sur ce point encore, voir A. KOJÈVE, *op. cit.*, note 14. On ne peut qu'être d'accord avec lui pour dire que le droit constitutionnel moderne n'est pas partie du droit.

et l'orientation idéologique de l'État moderne, d'une part, et le développement (afin de limiter l'ampleur de la contradiction) des droits sociaux en direction des droits de l'Homme, de l'autre, vont modifier radicalement le statut, d'abord idéologique et politique, de ces derniers ; les droits sociaux, bref, vont modifier *a posteriori* l'esprit des droits de l'Homme sans en modifier la lettre.

En effet, parce qu'avec les droits sociaux l'État cherche à reconnaître formellement des « obligations sociales » qui avaient d'abord été liquidées au profit de la liberté contractuelle et parce qu'il se porte alors garant du respect, par la société, d'obligations envers ses membres qu'il définit en tant que droits subjectifs et matériels détenus par ceux-ci, l'État met en place un nouveau mode (inductif) de production des normes juridiques où la législation est subordonnée à la « découverte » de droits subjectifs, qui deviennent premiers. La formation et l'expression de ceux-ci, en retour, appartiennent à des luttes sociopolitiques qui ne doivent rien au droit existant et qui en remettent en jeu l'idée de justice quand ils revendiquent la reconnaissance de la particularité (diffusion du problème de la légitimité). En étant reconnus par le pouvoir et saisis *a posteriori* par le droit positif, les droits sociaux transforment du même coup le lien du droit positif aux droits de la personne : de principe interne, universaliste, du pouvoir et source de la déduction législative, ils passent en face, du côté de l'opposition de la particularité concrète à l'abstraction de l'État¹⁷.

Bien que cette inversion dans la logique juridique moderne doive être comprise comme une réaction au développement cumulatif des puissances d'agir dans l'institution économique de la société, elle n'en amorce pas

17. Kelsen comprenait encore cette inversion comme une simple confusion du savoir juridique lié à la nature de l'ordre normatif ; une norme juridique étant définie comme *obligation juridique*, le droit subjectif n'est jamais pour lui que l'intérêt d'un individu pour la conséquence de cette obligation : « On ne peut parler d'un droit subjectif au sens technique du mot, que si l'on admet également, sous les conditions auxquelles la proposition juridique soumet la conséquence juridique, une manifestation de la volonté d'un homme visant lui aussi cette conséquence et supposé y être intéressé ; de sorte que l'ordre juridique, en un certain sens, fait passer au premier plan ce à quoi on a droit (*dem Berechtigten*) contre ce à quoi on est obligé (*den Verpflichteten*). » H. KELSEN, « L'essence de l'État », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 17, 1990, p. 31. Duguit s'était élevé contre la primauté du droit subjectif sur la loi en assimilant d'une manière encore plus radicale les droits de l'Homme aux droits subjectifs formés sur le terrain des revendications sociales à la fin du XIX^e siècle : « J'estime que la notion de droit subjectif, c'est-à-dire la notion d'un pouvoir appartenant à une personne d'imposer à une autre sa propre personnalité, est une notion d'ordre métaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes. » *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Félix Alcan, 1908, p. 4. On verra plus loin à quoi le positivisme s'engageait en voulant redonner sa place à la loi de cette manière.

moins la transformation de la loi en une méthode d'équilibrage *a posteriori* des rapports sociaux qui mobilise les « droits » dans la recherche de solutions à des problèmes plutôt qu'elle ne les tire d'une idée de justice. Cette méthode inductive abandonne en conséquence l'exigence d'intercompatibilité des droits « subjectifs » à laquelle devaient satisfaire leur production rationnelle et leur organisation déductive.

Une fois le droit libéré de cette apparence de déduction et de l'idée de justice qui la chapeautait, une fois dégagées les voies d'une approche matérielle des problèmes sociaux, les responsabilités assumées par l'État se multiplieront au rythme de la dissolution de tous les principes susceptibles de les ordonner ; que l'État s'oblige à produire les services qui correspondent aux droits, qu'il en assure la distribution régulière par le moyen d'un droit administratif régissant des fonctions bureaucratiques ou qu'il définisse par voie législative des organismes devant les assumer, dans tous les cas la loi est transformée en instrument de gestion et le droit s'enrichit d'un ensemble de procédures orientées vers des solutions à chaque fois particulières et indépendantes les unes des autres. Les finalités de cette législation sociale/pragmatique dépendant toujours davantage de jugements d'opportunité et de luttes politiques, les catégories sociales et les identités particulières intéressées tendent à devenir des partenaires capables d'influer sur les décisions qui traduisent leur prétention à des droits en obligations de tiers.

Redéfinis en profondeur, les « pouvoirs » de l'État de droit voient leur hiérarchie s'inverser : machine à produire des règlements, la législation devient l'outil d'un exécutif occupé à l'administration directe de la société et à la gestion des conflits ; tirant lui-même ses priorités d'un parlementarisme médiatique diffus où s'affrontent les puissances de la société, l'exécutif ne peut, de son côté, que consacrer les tribunaux proprement dits en arbitres suprêmes de la juridiction sociale/concurrentielle. Le droit ayant terminé sa conversion américaine, on célébrera comme « droit sans État » cette pure capacité d'enregistrer les résultats des affrontements sociaux et de leur soumettre à la pièce les instruments de la puissance publique. Sur la place publique médiatique, les tribunaux, les gouvernements et les assemblées législatives, dans cet ordre, occupent ce qu'il reste de la place du pouvoir, pendant que les organisations privées et les catégories identitaires s'en disputent la réalité matérielle et symbolique.

Le rôle central des tribunaux assure à cette transformation toutes les apparences de la continuité ; incapables de renoncer ouvertement à cette « application » d'une idée commune de justice qui déterminait leur place dans le droit moderne, les tribunaux sont mis en demeure de définir dans chaque cas l'idée de justice susceptible de décider du droit, mais ils doivent

le faire sans mettre en jeu l'équilibre instable des forces sociales. On ne déplorera donc l'inefficacité des tribunaux qu'au sens de leur incapacité « physique » de traiter toute la masse des litiges, comme s'il y avait là une défaillance purement quantitative des capacités décisionnelles et opérationnelles du système. Et c'est bien de cela qu'il s'agit : les décisions judiciaires devant faire contrepoids à la totalité des capacités de décider de l'orientation des rapports sociaux dont sont faites les sociétés contemporaines, les tribunaux sont aux prises avec le déficit galopant de leurs capacités compensatoires.

3.3 La pensée juridique entre la raideur moderniste et la dissolution postmoderniste

Deux réactions à l'épuisement du projet juridique moderne méritent d'être rappelées en terminant, chacune ne saisissant le problème à un niveau que pour le nier à l'autre. Parce qu'il veut faire obstacle à la subversion du droit par les droits, le positivisme rejette les droits subjectifs dans la métaphysique « jusnaturaliste » mais pour faire disparaître du même geste et le problème de la légitimité du pouvoir dont les droits de l'Homme (et leur idée de justice) étaient l'expression et la portée sociale et historique des pressions contemporaines pour des droits. Accroché à l'axiome moderne selon lequel la loi fait le droit, le positivisme rejette donc aussi dans la métaphysique la question de la justification de la capacité de faire la loi, du moment que cette justification ferait appel à de supposés droits subjectifs qui précéderaient l'œuvre de la loi. Pour le positivisme, la pure capacité empirique de faire la loi (c'est-à-dire de faire effectivement respecter une règle) fait tous les droits et, donc, fait la justice : son existence en est la preuve. Bien qu'il s'en défende, le positivisme transcendantalise ainsi la capacité de faire loi : puisqu'il la constate, positivement, c'est qu'elle est nécessaire ; et ce qui est nécessaire est aussi incapable d'être injuste que le chien peut avoir tort d'exister.

Le pluralisme juridique peut être compris comme une réaction au positivisme ; il veut donc faire admettre au dogmatisme, d'abord sur le plan de l'histoire des idées et à titre de question de fait, la pluralité des sources du droit. Sur le plan pratique, ensuite, il vise la reconnaissance simultanée d'une pluralité de capacités normatives autonomes, à caractère juridique et quasi juridique, et il se propose d'œuvrer à leur intégration en un système complexe de processus « décisionnels ». Autrement dit, là où le positivisme était moderniste et plaidait pour « le » droit aux dépens de la réalité, le pluralisme est postmoderniste et plaide pour la réalité aux dépens du droit. Il tient donc pour acquis l'opacité du système social contemporain et postule que les morceaux, paliers ou sous-systèmes d'un droit complexe

seraient suffisamment connus quand ils seraient connus de leurs utilisateurs immédiats et suffisamment intégrés quand tous les litiges seraient absorbés par un système complexe d'arbitrage. Mouvantes comme les pratiques et les juridictions locales dont elles viendraient, les normes seraient accueillies dans le système d'arbitrage au terme de procédures décisionnelles standardisées favorisant leur harmonisation aux normes « environnantes » et assurant leur adaptation aux impératifs de l'action. Le pluralisme, bref, est orienté essentiellement vers la régulation procédurale des conflits de juridiction ; il élève, ce faisant, la pensée juridique au niveau des grands ensembles contemporains, mais c'est pour proposer aux « juridictions » autonomes, déjà débordées par les litiges anomiques qu'elles contiennent tant bien que mal, la fuite en avant vers un niveau supérieur de complexité plutôt qu'une confrontation élargie avec la simple justice.

Si l'harmonisation-intégration-complexification pluraliste du droit ne débouche pas sur une capacité publique de hiérarchiser les problèmes mais recueille plutôt dans le « droit complexe » la totalité des mouches qui bourdonnent autour de la totalité des normes qu'elles négocient, on continuera de négocier la troisième décimale des taux de subvention à l'agriculture de *dumping* comme s'il y allait de l'avenir de la civilisation et les paysans ruinés du moindre pays périphérique continueront de recruter 10 000 morts par mois dans leurs rangs simplement pour se rapprocher des villes et des subventions au développement qui financent les modestes contributions de leurs élites véreuses à la stabilité du système complexe. Quant aux « stabilisations » plus directes du monde auxquelles nous serons amenés à participer par l'intermédiaire de nos corps expéditionnaires de police, nous aurons de très nombreuses années pour en reparler.